

# Das Referendum zum Beitritt zu internationalen Organisationen: Nach 40 Jahren Bestand ein (überflüssiges) Relikt?

ANNA PETRIG\*

Schlagwörter: Wandel des Völkerrechts, demokratische Mitwirkung, Referendum, internationale Organisationen, materieller Neubeitritt, Verwesentlichung der Volksrechte, Völkerrecht, Verfassungsrecht

## A. Eine neue institutionelle Realität auf internationaler Ebene

Vor 40 Jahren wurde das Referendum zum Beitritt zu internationalen Organisationen (IO-Referendum) in den Katalog der Referenden im Aussenbereich aufgenommen.<sup>1</sup> Seither hat sich die institutionelle Landschaft auf internationaler Ebene stark gewandelt. Im Jahre 1977 zählten die internationalen Organisationen neben den Staaten noch zu den Hauptakteuren auf der internationalen Bühne. Seit der Jahrtausendwende hat sich die Zahl der neu gegründeten internationalen Organisationen jedoch markant verringert; während andere Formen und Foren der internationalen Kooperation spriessen und dadurch die Diversität der Völkerrechtsakteure<sup>2</sup> zunimmt.<sup>3</sup> Zu beobachten ist, dass vermehrt informale, d.h. nicht rechtlich verfasste Akteure auftreten; der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht gibt ein gutes Beispiel her.<sup>4</sup> In zunehmendem Mass werden

---

\* Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Assistenzprofessorin für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

1 AS 1977 807.

2 Der Begriff «Völkerrechtsakteur» bzw. «internationaler Akteur» bezeichnet vorliegend nicht-staatliche Entitäten, welche «internationale öffentliche Gewalt» (wie in ARMIN VON BOGDANDY/MATTHIAS GOLDMANN/INGO VENZKE, *From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority*, EJIL 2017/28, S. 115–145, S. 133–148, definiert) ausüben.

3 KENNETH ABBOTT/JESSICA GREEN/ROBERT KEOHANE, *Organizational Ecology and Institutional Change in Global Governance*, *International Organizations* 2016/2, S. 247–249, 271.

4 MARC JACOB, *Bank for International Settlements (BIS)*, July 2013, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Oxford, Rz. 12.

Völkerrechtsakteure auch als juristische Personen des innerstaatlichen Privatrechts konstituiert; so ist der Finanzstabilitätsrat als Verein und der Globale Fonds zur Bekämpfung von Aids, Tuberkulose und Malaria als Stiftung nach Schweizer Zivilrecht verfasst.<sup>5</sup> Ausserdem hält das Recht der Europäischen Union (EU) gewisse spezifisch europarechtliche Organisationsstatute bereit; so können Forschungsinfrastrukturen statt als internationale Organisationen als juristische Person des europäischen Rechts, zum Beispiel als sogenanntes Konsortium für eine Europäische Forschungsinfrastruktur, verfasst werden. Des Weiteren beteiligt sich die Schweiz an EU-Verwaltungsträgern; so beispielsweise an Agenturen, welche mitunter Aufgaben wahrnehmen, die früher durch klassische internationale Organisationen besorgt wurden.<sup>6</sup> Die Schaffung informeller, privater oder europäischer Akteure anstelle internationaler Organisationen hat regelmässig nichts mit dem Umfang der übertragenen bzw. von den Akteuren wahrgenommenen Kompetenzen zu tun.<sup>7</sup> Vielmehr sind für den Rückgriff auf alternative Organisationsformen andere Faktoren ausschlaggebend. Regelmässig genannt wird deren rascherer Gründungsprozess.<sup>8</sup> Ebenfalls ins Feld geführt wird die Möglichkeit des Einbezugs von nicht-staatlichen Akteuren, deren Expertise in gewissen Bereichen elementar ist.<sup>9</sup> Weiter spielt für die Wahl der Organisationsform auch eine Rolle, wer als Gründer auftritt.<sup>10</sup> Schliesslich nehmen heute viele Völkerrechtsakteure sehr spezifische Aufgaben wahr, wozu die Schaffung einer eigenen internationalen Organisation nicht opportun scheint.<sup>11</sup>

5 Art. 1 Articles of Association of the Financial Stability Board (FSB) of 28 January 2013 <[www.fsb.org/wp-content/uploads/AoA-26-March-2015-FINAL.pdf](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/AoA-26-March-2015-FINAL.pdf)>; Art. 1 Bylaws of the Global Fund to Fight Aids, Tuberculosis & Malaria of 28 April 2016 <[www.theglobalfund.org/media/6007/core\\_globalfund\\_bylaws\\_en.pdf](http://www.theglobalfund.org/media/6007/core_globalfund_bylaws_en.pdf)>.

6 Die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) hat z.B. die Standardisierungsfunktion der *Joint Aviation Authorities* übernommen: BBl 2005 3857 (Botschaft EASA), 3862.

7 Beim Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung vom 18. September 1997 (SR 0.515.092) wurde – anders als beim materiell sehr ähnlichen Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen vom 13. Januar 1993 (SR 0.515.08) – auf die Gründung einer internationalen Organisation verzichtet und für eine (sehr schlanke) Vertragsorganstruktur optiert: GEIR ULFSTEIN, *Treaty Bodies and Regimes*, in: Duncan Hollis (Hrsg.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford 2012, S. 430.

8 Siehe Text zu Fn. 40.

9 AYELET BERMAN, *The Stagnation of International Law*, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 2015 (109), S. 71–74, S. 72.

10 Die an der Gründung der Welt-Anti-Doping-Agentur beteiligten Staaten bevorzugten die Schaffung einer internationalen Organisation; die privaten Entitäten (v.a. die Sportorganisationen) favorisierten eine Stiftung nach Schweizer Zivilrecht und setzten sich durch; Art. 4 Constitutive Instrument of Foundation of the World Anti-Doping Agency, <[www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-EN.pdf](http://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-EN.pdf)>, ist eine Reminiszenz dieser Debatte: «The Agency will be entitled to prepare plans and proposals in light of its conversion, if necessary, into a different structure, possibly based on international public law.»

11 ULFSTEIN (Fn. 7), S. 430.

Seit Einführung des IO-Referendums hat sich nicht nur die internationale institutionelle Realität weiterentwickelt, sondern auch das Referendumsrecht im Aussenbereich. Seit dem Jahre 2003 sind alle völkerrechtlichen Verträge, welche wichtige Bestimmungen rechtsetzender Natur enthalten, per Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV<sup>12</sup> dem fakultativen Referendum zu unterstellen und nicht länger nur jene, die eine «multilaterale Rechtsvereinheitlichung» herbeiführen. Diese Ausweitung verfolgte das Ziel, dass die Volksrechte im Bereich der völkerrechtlichen Verträge in möglichst gleicher Weise zum Tragen kommen wie in der innerstaatlichen Gesetzgebung (Parallelismus).<sup>13</sup>

Vor dem Hintergrund dieser beiden Entwicklungslinien – Diversifizierung der Völkerrechtsakteure mit einhergehendem Bedeutungsschwund der internationalen Organisation und Einführung des Referendums zu wichtigen Völkerrechtssätzen – stellen sich drei Fragen. Die erste lautet dahingehend, ob der Tatbestand von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV einzig den Beitritt zu «klassischen» internationalen Organisationen abdeckt, oder ob er auch Zuständigkeitsübertragungen an neuartige – informale, private oder europäische – Akteure zu erfassen vermag (Teil B). Alsdann wird der Frage nachgegangen, ob das IO-Referendum nicht der Idee der Verwesentlichung der Volksrechte widerspricht, da jeder Gründungsvertrag – ungeachtet dessen Inhalts – dem Referendum zu unterstellen ist (Teil C). Schliesslich wird gefragt, was das IO-Referendum denn überhaupt abdeckt, was nicht bereits das in Art. 141 Abs. 3 Bst. d Ziff. 3 BV verankerte Referendum zu wichtigen Völkerrechtssätzen (besser) erfasst; oder anders gefragt: ob das IO-Referendum nach 40 Jahren Bestand nicht ein (überflüssiges) Relikt im Katalog der Referenden im Aussenbereich darstellt (Teil D).

## **B. Erfasst das IO-Referendum neuartige Formen und Foren der Kooperation?**

Die Frage, ob Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV – wie sein Wortlaut suggeriert – einzig den Beitritt der Schweiz zu «klassischen» internationalen Organisationen oder auch zu neuartigen Formen und Foren der Kooperation abdeckt, bedingt eine eingehende Analyse des Tatbestands. Zu klären ist, was der referendumsrechtliche Begriff der «internationalen Organisation» umfasst (Teil B.I.); welche Vorgänge als «Beitritt» zu derselben gelten (Teil B.II.); und schliesslich was unter «völkerrechtlichen Verträgen», mittels derer der Beitritt erfolgt, zu verstehen ist (Teil B.III.).

12 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 (folgend: BV).

13 VPB 68.83, 6.

# I. Der referendumsrechtliche Begriff der «internationalen Organisation»

Dreh- und Angelpunkt von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV ist der Begriff der «internationalen Organisation», den die Mehrheit der Kommentatoren als einen Verweis auf das völkerrechtliche Konzept versteht.<sup>14</sup> Eine Minderheit betont indessen, dass die Referendumsbestimmung staatsrechtlicher Natur sei und sich auf die rein landesrechtliche Frage, wann das Entscheidungsrecht des Volkes greifen soll, beziehe. Es dürfe somit nicht ohne weiteres auf das völkerrechtliche Begriffspendant abgestellt werden; vielmehr sei «eine am Volksrecht ausgerichtete materiale Betrachtungsweise» angezeigt.<sup>15</sup> Die Frage, ob es sich um einen autonomen Begriff oder einen Verweis ins Völkerrecht handelt, darf an dieser Stelle offengelassen werden. Denn selbst im letzteren Fall ist der Begriff mangels einheitlicher völkerrechtlicher Definition der internationalen Organisation<sup>16</sup> zu konkretisieren. Ausserdem ist vorliegend von Interesse, welche Konstellationen das IO-Referendum in der Praxis zu erfassen vermag; es ist mithin die Frage zu beantworten, wie die Bundesbehörden den Begriff definieren. Dieses Begriffsverständnis wird im Folgenden – vorwiegend gestützt auf die Materialien zur Entstehung der Referendumsbestimmung einerseits und zu den einzelnen Anwendungsfällen andererseits – rekonstruiert.

Die heutige Bestimmung zum IO-Referendum geht auf Art. 89 Abs. 3 Bst. b der Bundesverfassung von 1874 zurück, der den gleichen Sachverhalt dem fakultativen Referendum unterstellte und anlässlich der Neuordnung des Referendums im Aussenbereich in den späten 1970er Jahren Eingang in die Verfassung fand.<sup>17</sup> Die *travaux préparatoires* zur Entstehung dieser Vorgängerbestimmung erhellen den Begriff der internationalen Organisation kaum. Die Idee eines IO-Referendums wurde damals erst in einer sehr späten Phase der Revision, nämlich im Differenzbereinigungsverfahren in Form eines Minderheitsantrags der zuständigen Nationalratskommission, eingebracht.<sup>18</sup> Weder aus der Begründung dieses Antrags<sup>19</sup> noch aus der übrigen Ratsde-

14 Explizit: ASTRID EPINEY/STEFAN DIEZIG, Art. 141, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, S. 2233, Rz. 29; implizit (aus dem Verweis der Autoren auf die Definition der internationalen Organisation in der Völkerrechtsliteratur): GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007, S. 651, Rz. 17; und DANIEL THÜRER/OLIVER DIGGELMANN, Art. 141 Abs. 1 Bst. d, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 81–197, Zürich 2014, S. 2524, Rz. 29.

15 YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 438–439, Rz. 1068, und S. 455, Rz. 1110.

16 So HENRY SCHERMERS/NIELS BLOKKER, International Institutional Law, 5. Aufl., Leiden 2011, S. 36, § 32.

17 AS 1977 807.

18 AB 1976 N 596.

19 AB 1976 N 598 (Votum Renschler); es verweist einzig auf die Mitglieder und Akte einer internationalen Organisation.

batte<sup>20</sup> ergibt sich eine Definition des Begriffs der internationalen Organisation.

Anlässlich der Nachführung der Bundesverfassung wurde das IO-Referendum ohne materielle Änderungen als Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV in die neue Bundesverfassung überführt. Auch die gleichzeitig mit der Verfassungsnachführung vorgeschlagene (in dieser Form allerdings gescheiterte) Reform der Volksrechte tangierte das IO-Referendum nicht.<sup>21</sup> Die umfassende Botschaft zur neuen Bundesverfassung, welche auch die Reform der Volksrechte erläuterte, beschränkte sich auf die Aussage, dass das IO-Referendum in der Praxis keine grossen Probleme böte.<sup>22</sup> Somit liefern auch die Materialien zum «nachgeführten» IO-Referendum keine substantiellen Hinweise auf den Begriff der internationalen Organisation.

Eine Konkretisierung des Begriffs ergibt sich vielmehr aus den Materialien zu den einzelnen Anwendungsfällen, in erster Linie aus den entsprechenden Botschaften des Bundesrates. Heranzuziehen sind neben den Botschaften, in denen die Referendumpflicht gestützt auf Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV bejaht wurde, auch jene, in denen das Vorliegen einer internationalen Organisation verneint<sup>23</sup> wurde; denn gerade in diesen Fällen war ein gewisser Argumentationsaufwand nötig, um der fraglichen Entität die Qualität einer internationalen Organisation abzusprechen.

Viele der Botschaften zu völkerrechtlichen Verträgen, die dem IO-Referendum unterstellt wurden – es sind knapp 40 an der Zahl seit dessen Einführung vor 40 Jahren – enthalten allerdings keine bzw. nur knappe Hinweise dazu, was eine internationale Organisation im referendumsrechtlichen Sinne ist. In mindestens 15 Botschaften beschränkte sich die Begründung der Referendumpflicht auf die Feststellung, dass der fragliche Vertrag den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehe bzw. durch ihn einer solchen beigetreten werde und deshalb das IO-Referendum greife – ohne dass definiert worden wäre, was eine internationale Organisation ist bzw. warum der fragliche Akteur die entsprechenden Definitionsmerkmale erfüllt.<sup>24</sup> Während in den meisten Fäl-

20 AB 1976 N 590–601; AB 1976 SR 498–503.

21 BBl 1997 I 1 (Botschaft nBV), 35–36, 76–78, 434–486 und 637.

22 BBl 1997 I 1 (Botschaft nBV), 366.

23 So z.B. BBl 1987 III 181 (Botschaft Hauptstrassen-Übereinkommen); BBl 1982 I 931 (Botschaft Vereinbarung Flugsicherungs-Streckengebühren), 947; und BBl 1988 II 941 (Botschaft Montreal-Protokoll), 950–951.

24 So u.a. BBl 1979 III 1073 (Botschaft UNIDO); BBl 1980 II 1233 (Botschaft Afrikanische Entwicklungsbank), 1245; BBl 1984 II 1257 (Botschaft EUMETSAT), 1267; BBl 1984 III 389 (Botschaft EUTELSAT), 408; BBl 1984 III 821 (Botschaft Interamerikanische Investitionsgesellschaft), 842; BBl 1987 I 146 (Botschaft MIGA), 222; BBl 1990 III 793 (Botschaft BERD), 802; BBl 1994 III 1 (Botschaft Chemiewaffenübereinkommen), 40; BBl 1994 III 501 (Botschaft Europäisches Büro für Funkangelegenheiten), 505; BBl 1997 IV 1166 (Botschaft Europäisches Büro für Telekommunikation), 1169; BBl 1999 I 653 (Botschaft CTBT), 670; BBl 2000 671 (Botschaft CABI), 676; BBl 2001 391 (Botschaft Römer Statut), 484–486; BBl 2010 401 (Botschaft IRENA), 409; BBl 2014 6795 (Botschaft ESS-ERIC), 6817.

len offensichtlich eine internationale Organisation im *völkerrechtlichen* Sinne vorlag und die Bundesbehörden vielleicht deshalb eine ausführlichere Begründung als unnötig erachteten, trifft dies auf gewisse, im Folgenden noch näher betrachtete Entitäten nicht zu.<sup>25</sup> Andere Botschaften benennen hingegen die Merkmale einer internationalen Organisation, wobei sich – wie wir gleich sehen werden – aus diesen Botschaften keine einheitliche Definition, sondern vielmehr verschiedene Definitionen mit einem gemeinsamen Kern ableiten lassen, auf die abwechslungsweise rekurriert wird.

Die am häufigsten auftauchende Umschreibung wird mit dem Satz eingeleitet, dass das in Frage stehende Übereinkommen eine internationale Organisation schaffe (bzw. vorsehe, begründe oder ähnlicher Wortlaut). Anschliessend wird die errichtete Entität mittels vierer Eigenschaften charakterisiert: sie verfügt über Völkerrechtspersönlichkeit; über eigene Organe, die teils per Mehrheit Beschlüsse fassen können; und über die Kompetenz, völkerrechtliche vertragliche Bindungen einzugehen.<sup>26</sup> Andere Botschaften enthalten eine ähnliche Definition, aber nennen die Vertragsschlusskompetenz nicht als eigenständiges Merkmal, sondern als Indiz für das Vorliegen von Völkerrechtspersönlichkeit;<sup>27</sup> und gewisse fordern statt einem Organ mit Mehrheitsbeschlusskompetenz eines mit einem eigenen Willen.<sup>28</sup> Zwei relativ neue Botschaften erwähnen schliesslich das (sonst nicht aufgeführte) Merkmal, dass eine internationale Organisation ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben sei.<sup>29</sup> Ein Hinweis auf die Mitgliedschaft findet sich selten; ist aber u.a. in jener Botschaft erwähnt, deren Definition Aufnahme in den Botschaftsleitfaden fand, und auf die auch im jüngsten Anwendungsfall<sup>30</sup> zurückgegriffen wurde. Gemäss dieser Definition zeichnet sich eine internationale Organisation dadurch aus, dass sie auf völkerrechtlichem Vertrag beruht, dass ihre Mitglieder Staaten oder andere Völkerrechtssubjekte sind, dass sie über eigene Organe mit eigener Beschlussbefugnis und über Völkerrechtspersönlichkeit verfügt.<sup>31</sup>

25 Z.B. auf die Vertragsorgane des Ramsar-Übereinkommens (Text zu Fn. 87); das ERIC-ESS (Text zu Fn. 34 ff.); die XFEL GmbH (Text zu Fn. 43 ff.); und auf *Fusion for Energy* (siehe Fn. 70).

26 BBl 1981 II 1 (Botschaft Rohstofforganisationen), 49; BBl 1982 II 159 (Botschaft Zinnrat), 173; BBl 1983 III 633 (Botschaft Jute-Organisation 1982), 718; BBl 1984 I 373 (Botschaft Tropenholz-Organisation), 575; BBl 1990 I 301 (Botschaft Zuckerabkommen 1987), 548; BBl 1991 I 1433 (Botschaft EUROCONTROL), 1441; BBl 2003 1058 (Botschaft AITIC), 1062; BBl 1980 I 1365 (Botschaft UPOV), 1371.

27 Z.B. BBl 1981 I 77 (Botschaft ESO), 95.

28 Siehe im Detail Fn. 49 und 52.

29 BBl 2008 3521 (Botschaft ITER), 3533; BBl 2010 3031 (Botschaft XFEL), 3041. Dieses (hier nicht weiter diskutierte) Kriterium dürfte unbestritten sein, da es ein Merkmal jeder Organisation – auch der internationalen – ist, dass sie für eine gewisse Dauer angelegt wird; das gleiche trifft auf das Kriterium der Wahrnehmung eines gemeinsamen Ziels zu; siehe dazu GEORG DAHM/JOST DELBRÜCK/RÜDIGER WOLFRUM, *Völkerrecht*, Band I/2, 2. Aufl., Berlin 2002, S. 208.

30 BBl 2015 7331 (Botschaft Asiatische Infrastruktur-Investitionsbank), 7353.

31 BUNDESKANZLEI, *Botschaftsleitfaden*, Stand 2016, <www.bk.admin.ch>, S. 50–51.

Trotz der Disparität der referendumsrechtlichen Definitionen der internationalen Organisation kann – ähnlich wie im Völkerrecht<sup>32</sup> – eine Kerndefinition ausgemacht werden. Sie verlangt, dass eine internationale Organisation im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV auf völkerrechtlichem Vertrag beruht, über eigene Organe sowie über Völkerrechtspersönlichkeit verfügt. Obwohl diese drei Elemente, die im Folgenden näher dargestellt werden, *prima vista* über sehr klare Konturen verfügen, ergeben sich auf den zweiten Blick verschiedene definitorische Unklarheiten.

### 1. Auf völkerrechtlichem Vertrag beruhend – und darüber hinaus?

Die bundesbehördliche Definition der internationalen Organisation im Kontext des Referendumsrechts verlangt zunächst, dass sie auf völkerrechtlichem Vertrag beruht. Dieses Erfordernis betreffend den Errichtungs- bzw. Gründungsakt ist auch Bestandteil der völkerrechtlichen Definition der internationalen Organisation. Die meisten neueren völkerrechtlichen Umschreibungen sind allerdings offener, indem als Errichtungsakt nicht nur ein Völkerrechtsvertrag, sondern auch ein anderer *vom Völkerrecht bestimmter* Rechtsakt genügt.<sup>33</sup> Die Definition der Bundesbehörden ist somit strikter als die herrschende völkerrechtliche Definition, indem sie nur den völkerrechtlichen Vertrag, nicht aber andere Völkerrechtsakte als Gründungsakt genügen lässt. Angesichts dieses restriktiven Verständnisses der Bundesbehörden *in abstracto*, erstaunt es, dass sie *in concreto* sogar Akteure als internationale Organisation qualifiziert haben, deren Errichtungsakt *nicht* bzw. *nicht ausschliesslich* durch das Völkerrecht (sondern durch Privat- oder Europarecht) bestimmt wird; und so sogar über die völkerrechtliche Definition hinausgeschossen sind. Die Errichtung der Forschungsinfrastrukturen ESS-ERIC und XFEL GmbH veranschaulichen dies.

Die Europäische Spallationsquelle ESS ist als sogenanntes Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (*European Research Infrastructure Konsortium*, ERIC) verfasst. Es ist dies ein Organisationsstatut des EU-Rechts, welches spezifisch zwecks Gründung und Betrieb von Forschungsinfrastrukturen geschaffen wurde. Die Errichtung und Funktionsweise eines ERICs wird primär durch das Gemeinschaftsrecht geregelt (vornehmlich durch die ERIC-Verordnung), subsidiär durch das Recht des Sitzstaates und schliesslich durch

32 SCHERMERS/BLOKKER (Fn. 16), S. 36, § 32; AYELET BERMAN/RAMESSES WESSEL, *The International Legal Form and Status of Informal International Lawmaking Bodies: Consequences for Accountability*, in: Joost Pauwelyn/Ramses Wessel/Jan Wouters (Hrsg.), *Informal International Lawmaking*, Oxford 2012, S. 50.

33 Statt vieler: IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/GERHARD LOIBL, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7. Aufl., Köln 2000, S. 5, Rz. 0105; und Art. 2 Bst. a ILC-Draft Articles on the Responsibility of International Organizations with Commentaries, UN Doc A/66/10, para. 87.

die jeweilige Satzung und ihre Durchführungsbestimmungen.<sup>34</sup> Wer die Gründung eines ERICs anstrebt, muss einen entsprechenden Antrag bei der EU-Kommission stellen, der u.a. auch die vorgeschlagene Satzung enthält. Durch den im Amtsblatt zu publizierenden Entscheid der Kommission, dem die Satzung beigelegt ist, wird das ERIC errichtet und erlangt Rechtspersönlichkeit.<sup>35</sup>

Die Errichtung erfolgt somit weder gestützt auf völkerrechtlichen Vertrag (wie es die restriktive Definition der internationalen Organisation der Bundesbehörden verlangt), noch auf anderweitigem völkerrechtlichen Akt (wie es die breitere völkerrechtliche Definition fordert). Denn aus der ERIC-Verordnung geht klar hervor, dass ERICs in Anwendung von Gemeinschaftsrecht gegründet werden und dieses als eine vom Völkerrecht verschiedene Rechtsmasse aufgefasst wird.<sup>36</sup> Aber selbst wenn das Gemeinschaftsrecht als Teil des Völkerrechts verstanden wird,<sup>37</sup> kann ein ERIC nicht als internationale Organisation gewertet werden. Denn der Zweck der Schaffung der ERIC-Rechtsform bestand gerade darin, eine Alternative zur Errichtung von Forschungsinfrastrukturen mit paneuropäischer Beteiligung als internationale Organisation<sup>38</sup> (oder als juristische Person innerstaatlichen Rechts<sup>39</sup>) zu schaffen; namentlich um den Zeitaufwand für deren Errichtung zu reduzieren.<sup>40</sup>

Obwohl ERICs nicht nach Völkerrecht verfasst sind bzw. nicht als internationale Organisation im völkerrechtlichen Sinne gelten, haben die Bundesbehörden das ESS-ERIC als internationale Organisation im referendumsrechtlichen Sinne qualifiziert. Aus der (tautologischen) Aussage in der Botschaft, dass die Teilnahme der Schweiz am ERIC-ESS den Beitritt zu einer internationalen Organisation bewirke und demnach dem Referendum gestützt auf

34 Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 723/2009 des Rates vom 25. Juni 2009 über den gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für ein Konsortium für eine europäische Forschungsinfrastruktur (ERIC), Abl. 2009 L 206/1; geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1261/2013 des Rates vom 2. Dezember 2013 (folgend: ERIC-Vo).

35 Art. 5 und 6 ERIC-Vo.

36 Gemäss Erwägung 3 ERIC-Vo soll das ERIC-Statut sonstige Rechtsrahmen ergänzen, die «nach nationalem, internationalem und Gemeinschaftsrecht bestehen»; und Erwägung 21 betont, dass ein ERIC nach Gemeinschaftsrecht gegründet wird.

37 Diskutiert in: MATTHIAS NIEDOBITEK, § 1 Vertragliche Grundlagen, rechtliche Gestalt, Institutionen der Union, in: ders. (Hrsg.), *Europarecht*, Berlin 2014, S. 9 (m.w.H. in Fn. 35).

38 EUROPEAN COMMISSION, *Legal Framework for a European Research Infrastructure Consortium – ERIC, Practical Guidelines*, April 2010, S. 5; EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2014) 460 final*, 14 June 2014, S. 7; die ERIC-Rechtsform wird gar als Modell betrachtet, welches sich auf internationaler Ebene als Alternative zur Errichtung von Forschungsinfrastrukturen als internationale Organisationen oder innerstaatliche juristische Person anbieten könnte: a.a.O., S. 9.

39 So Erwägung 24 ERIC-Vo.

40 EUROPEAN SPALLATION SOURCE ESS, *General Information about ESS ERIC: FAQ*, <[https://europeanspallationsource.se/sites/default/files/ess\\_eric\\_faq\\_1.pdf](https://europeanspallationsource.se/sites/default/files/ess_eric_faq_1.pdf)>, S. 1–2: die Suche nach und Verhandlung über die angemessene Rechtsform entfallt; ebenso die Einholung der Zustimmung nationaler Parlamente (die Schweiz hat indessen Parlament und Volk mitwirken lassen: siehe Text zu Fn. 74).



Art. 141 Abs. 2 Bst. d BV unterstehe,<sup>41</sup> kann geschlossen werden, dass die Bundesbehörden die Rechtsnatur dieser (für die Schweiz neuartigen) Kooperationsform wohl verkannt haben.<sup>42</sup> Es findet sich keinen Hinweis darauf, dass die Bundesbehörden eine Analogie gebildet oder den referendumsrechtlichen Begriff der internationalen Organisation bewusst ausgedehnt hätten, um auch den Beitritt zu juristischen Personen europäischen Rechts in den Anwendungsbereich des IO-Referendums zu bringen.

Die Bundesbehörden werteten auch die Forschungsinfrastruktur XFEL GmbH als internationale Organisation im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV, obwohl auch dieser Völkerrechtsakteur (jedenfalls nicht einzig) durch völkerrechtlichen Akt, sondern primär durch einen dem deutschen Recht unterstehenden Gesellschaftsvertrag errichtet wurde. Zwar sind die Intention, die XFEL GmbH zu errichten, und ihre institutionellen Grundzüge und Finanzierung im XFEL Übereinkommen, einem völkerrechtlichen Vertrag, niedergelegt; die eigentliche Errichtung als GmbH deutschen Rechts erfolgte aber durch Abschluss eines privatrechtlichen Gesellschaftsvertrags.<sup>43</sup> Die XFEL GmbH wurde somit nach innerstaatlichem Recht oder – auch eine mögliche Sichtweise – als hybrider Akteur, also gestützt auf Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, verfasst. Nichtsdestotrotz wird in der Botschaft der Schluss gezogen, dass die XFEL GmbH auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruhe und auch über die anderen geforderten Merkmale einer internationalen Organisation verfüge (allerdings wird dies nicht substantiiert).<sup>44</sup> Aus dieser Begründung kann geschlossen werden, dass die Bundesbehörden wohl nicht beabsichtigten, den Begriff der internationalen Organisation auszuweiten, sodass er auch private oder hybride Völkerrechtsakteure erfasst. Vielmehr scheint das Vorliegen eines völkerrechtlichen Vertrags darüber hinweggetäuscht zu haben, dass der eigentliche Gründungsakt der XFEL GmbH privatrechtlicher oder (zumindest) hybrider Natur ist.

41 BBl 2014 6795 (Botschaft ESS-ERIC), 6817.

42 Die Falschqualifikation rührt u.U. daher, dass die ERIC-Vo vorschreibt, gewisse europäische Regeln im Bereich der Mehrwertsteuer und des Beschaffungswesens, die für internationale Organisationen gelten und ihnen gewisse Privilegien einräumen, auch auf ERICs anzuwenden (siehe z.B. Art. 7 Abs. 3 ERIC-Vo).

43 Plastisch ausgedrückt in der Präambel des Gesellschaftsvertrags der «European X-Ray Free-Electron Laser Facility GmbH» (European XFEL GmbH), Anlage zum Übereinkommen über den Bau und Betrieb einer Europäischen Freie-Elektronen-Röntgenlaseranlage vom 30. November 2009 (SR 0.422.10): «Die Unterzeichneten (...) vereinbaren hiermit die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nach deutschem Recht»; der Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist zwar teils durch das XFEL-Übereinkommen vorbestimmt und nimmt an mehreren Stellen Bezug auf dieses (z.B. Art. 6 und Art. 11 Abs. 3 Bst. h); ist aber ein in sich geschlossener, selbständiger Gründungsakt.

44 BBl 2010 3031 (Botschaft XFEL); Erwähnung fand einzig der Umstand, dass die XFEL GmbH nicht als internationale Organisation betitelt sei; dies ist indessen für die Qualifikation gerade unbeachtlich.

Es ist somit festzuhalten, dass die Bundesbehörden als Errichtungsakt *in abstracto* einen völkerrechtlichen Vertrag fordern und – abweichend von der völkerrechtlichen Definition – andere durch das Völkerrecht bestimmte Akte nicht genügen lassen. *In concreto* haben die Bundesbehörden allerdings Entitäten als internationale Organisationen im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV qualifiziert, die nicht oder nur teilweise im Völkerrecht gründen und in Anwendung von EU-Recht oder innerstaatlichem Privatrecht verfasst wurden. Es ist zu vermuten, dass die Bundesbehörden nicht die Absicht hatten, privatrechtliche bzw. nach europäischem Recht verfasste Entitäten als internationale Organisation im referendumsrechtlichen Sinne gelten zu lassen, sondern eher die Rechtsnatur dieser Akteure verkannt haben.

## 2. *Über eigene Organe verfügend – mit welchen Eigenschaften?*

Weiter verlangen alle behördlichen Definitionen der internationalen Organisation im referendumsrechtlichen Sinne, dass diese über mindestens ein eigenes Organ verfügt. Unklar bleibt jedoch, welche Eigenschaften dieses Organ aufweisen muss. Aus den einschlägigen Botschaften können drei verschiedene Kriterien herausgelesen werden.

In (vorwiegend älteren) Botschaften wird ein relativ einfach anwendbares Kriterium genannt, indem ein Organ gefordert wird, das Entscheide zum Teil per Mehrheit treffen kann (1. Kriterium).<sup>45</sup> Verlangt ist somit ein Beschlussfassungsmodus im Organ, der jedenfalls teilweise vom Konsens- bzw. Einstimmigkeitsprinzip abweicht. In einem grösseren Kontext betrifft dies die Frage, wie viel Restkontrolle dem Staat in jenen Bereichen bleibt, in denen er gewisse Zuständigkeiten an ein internationales Organ übertragen hat; sie ist bei der Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen kleiner als wenn konsequent per Konsens oder einstimmig beschlossen wird.<sup>46</sup> Das Kriterium scheint jedoch ungeeignet.<sup>47</sup> Zunächst ist es zu stark auf legislative Organtätigkeit zugeschnitten, d.h. auf Organe, die Beschlüsse generell-abstrakten Inhalts erlassen; und passt nicht auf Organe, die exekutive oder judikative Aufgaben wahrnehmen. So ist für die Bewertung der Restkontrolle des Staates in Bezug auf die Tätigkeit eines internationalen Spruchkörpers nicht so sehr massgebend, ob dieser Urteile einstimmig fällt (zumal regelmässig nicht alle Staaten auf der Richterbank vertreten sind), sondern u.a. welche Wirkungen dessen Urteile innerstaatlich

45 Siehe z.B. BBl 1980 I 1365 (Botschaft UPOV), 1371; BBl 1981 I 77 (Botschaft ESO), 95; BBl 1981 II 1 (Botschaft Rohstofforganisationen), 49; BBl 1983 III 633 (Botschaft Jute-Organisation 1982), 718; BBl 1984 I 373 (Botschaft Tropenholz-Organisation), 575; BBl 1991 I 1433 (Botschaft EUROCONTROL), 1441; BBl 2003 1058 (Botschaft AITIC), 1062.

46 Sinngemäss: BBl 1982 I 931 (Botschaft Vereinbarung Flugsicherungs-Streckengebühren), 947.

47 Die völkerrechtliche Definition verlangt i.d.R. auch nicht ein Organ mit Mehrheitsbeschlussbefugnis, sondern ein Organ mit eigenem Willen (siehe Fn. 50). Ob ein solches vorliegt, hat nichts mit dem Beschlussfassungsmodus im Organ zu tun: so auch BBl 1987 III 181 (Botschaft Hauptstrassen-Übereinkommen), 190–191.

zeitigen.<sup>48</sup> Aber selbst bei legislativ tätigen Organen wird die Restkontrolle des Staates nicht nur durch den Beschlussfassungsmodus im Organ determiniert; ebenso ins Gewicht fallen die Zusammensetzung des Organs und ob ein all-fälliges innerstaatliches Beschlussgenehmigungsverfahren vom Konsensprinzip abweicht. Nur eine Gesamtbetrachtung des Verfahrens gibt Auskunft darüber, inwiefern der Staat seinen Willen gegenüber dem internationalen Organ bzw. der Organisation durchsetzen kann.

Eine Definition jüngerer Datums verlangt, dass eine internationale Organisation «über eigene Organe mit eigener Beschlussbefugnis» verfügt (2. Kriterium).<sup>49</sup> Dieses Kriterium scheint sich mit dem in der völkerrechtlichen Literatur beschriebenen Konzept des Organs mit einem «will of its own» bzw. mit einer «volonté distincte» zu decken. Damit ist in der Regel gemeint, dass eine internationale Organisation eine in rechtlicher Hinsicht eigenständige, von den Mitgliedstaaten unterschiedliche Entität ist (Vertikalität).<sup>50</sup> Ihre Entscheide und Akte stammen somit nicht von der Summe der handelnden Staaten und widerspiegeln nicht die «aggregate opinion of its members», wie es im Falle der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit ohne Schaffung eines Organs mit eigenem Willen der Fall wäre (Horizontalität).<sup>51</sup> Wie wir sogleich sehen werden, verlangen jedoch alle referendumsrechtlichen Definitionen der internationalen Organisation, dass diese über Völkerrechtspersönlichkeit verfügt. Somit ist sie *per se* Zurechnungsobjekt völkerrechtlicher Rechte und Pflichten, d.h. eine eigene Entität. Das qualifizierende Element «mit eigener Beschlussbefugnis» scheint somit nichts zu fordern, was nicht schon im Kriterium «Völkerrechtspersönlichkeit» enthalten ist.

Andere Definitionen fordern schliesslich Organe, die «insofern gegenüber den Mitgliedstaaten verselbständigt und unabhängig sind, als sich ihre Meinung und bestimmte Entscheide nicht notwendigerweise mit dem Willen der Mitgliedstaaten decken müssen» (3. Kriterium).<sup>52</sup> Es deutet *prima vista* in die gleiche Richtung wie das 2. Kriterium; doch der Gebrauch der Wendung «nicht notwendigerweise» deutet auf einen sich änderbaren bzw. nicht immer vorliegenden Umstand hin. Somit kann nicht die Vertikalität angesprochen sein, die entweder vorliegt oder nicht. Das 3. Kriterium spricht somit wohl auch die dem Staat verbleibende Restkontrolle an; es ist allerdings weniger klar als das

48 In BBI 2008 4073 (Botschaft Seerechtsübereinkommen) wird i.B.a. den Internationalen Seegerichtshofs denn auch nicht sein Entscheidungsmodus betont, sondern dass er seine Urteile «weitgehend autonom» und «unabhängig» fälle – was für einen Gerichtshof zu hoffen bleibt.

49 BBI 2010 333 (Botschaft EFI), 339–340; und BBI 2015 7331 (Botschaft Asiatische Infrastruktur-Investitionsbank), 7353.

50 SCHERMERS/BLOKKER (Fn. 16), S. 44–46, § 44–44A; und ANNE PETERS, Das Gründungsdocument internationaler Organisationen als Verfassungsvertrag, ZÖR 2013/68, S. 1–57, S. 6.

51 JAN KLABBERS, An Introduction to International Organizations Law, 3. Aufl., Cambridge 2015, S. 12.

52 BBI 2008 3521 (Botschaft ITER), 3533; BBI 2010 3031 (Botschaft XFEL), 3041; ähnlich BBI 1995 III 609 (Botschaft ACCT), 624.

1. Kriterium, das auf einen bestimmten, die Restkontrolle des Staates beeinflussenden Aspekt des Verfahrensrechts abstellt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es im Kontext der referendumsrechtlichen Definition genügen würde, schlicht das Vorhandensein von mindestens einem Organ zu verlangen – was Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit einer internationalen Organisation ist.<sup>53</sup> Da die Definition der Bundesbehörden Völkerrechtspersönlichkeit als eigenes Definitionsmerkmal der internationalen Organisation nennen, handelt es sich *per se* um eine von den Staaten unterschiedliche Entität. Daher könnte auf eine Nennung von Organeigenschaften, die (in verschiedener und teils zweideutiger Weise) auf diesen Umstand hinweisen, verzichtet werden.

### 3. *Besitzt Völkerrechtspersönlichkeit – und Vertragsschlusskompetenz?*

Wie eben erwähnt, verlangt die referendumsrechtliche Kerndefinition der internationalen Organisation, dass diese über Völkerrechtspersönlichkeit verfügt – ein Element, das nicht alle völkerrechtlichen Definitionen kennen.<sup>54</sup> Gewisse Botschaften fordern ausserdem, dass ihr auch Vertragsschlusskompetenz zukommt; sie führen diese Eigenschaft als zusätzliches Kriterium und nicht bloss als Indiz für das Vorliegen von Völkerrechtspersönlichkeit an.<sup>55</sup> Die Beantwortung der Frage, ob dadurch der Kreis der als internationale Organisation zu qualifizierenden Akteure enger wird, bedingt die vorgängige Klärung der Begriffe der Völkerrechtspersönlichkeit und der Vertragsschlusskompetenz.

Völkerrechtspersönlichkeit bedeutet einzig, dass die in Frage stehende Entität *an sich fähig* ist, Rechte und Pflichten im Völkerrecht zu haben; sie besteht oder nicht.<sup>56</sup> Demgegenüber meint völkerrechtliche Handlungsfähigkeit, ob die Organisation auf Völkerrechtsebene wirksam Handlungen vornehmen kann; also internationale Rechte und Pflichten begründen bzw. wahrnehmen kann – zum Beispiel durch Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Völkerrechtliche Handlungsfähigkeit kommt einzig Völkerrechtssubjekten zu, jedoch nicht automatisch. Ihr Bestand und Inhalt richtet sich vielmehr nach dem jeweiligen Gründungsvertrag und kann somit unterschiedlichen Umfangs sein.<sup>57</sup> Somit ist Völkerrechtspersönlichkeit zwar Vorbedingung für die Vertragsschlusskompetenz; aber impliziert diese nicht. Jene referendumsrechtliche Definition der internationalen Organisation, die kumulativ Völkerrechtspersönlichkeit und

53 MATTHIAS RUFFERT/CHRISTIAN WALTER, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl., München 2015, S. 4, Rz. 12.

54 Siehe z.B. Definition von SCHERMERS/BLOKKER (Fn. 16), S. 37, § 33; zu den Gründen, warum Art. 2 Bst. a ILC-Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (Fn. 33) Völkerrechtspersönlichkeit verlangt: S. 31–32, § 29A.

55 Siehe oben Text zu Fn. 26 und 27.

56 SCHERMERS/BLOKKER (Fn. 16), S. 993, § 1570.

57 RUFFERT/WALTER (Fn. 53), S. 62, Rz. 162; CHRISTIAN WALTER, *Subjects of International Law*, May 2007, in: Wolftrum (Hrsg.) (Fn. 4), Rz. 21–22.

Vertragsschlusskompetenz fordert, ist somit enger als jene, die einzig Völkerrechtspersönlichkeit voraussetzt und die Vertragsschlusskompetenz als Indiz für das Vorliegen derselben erwähnt.

In der Praxis hat regelmässig die fehlende Völkerrechtspersönlichkeit (und nicht die fehlende Vertragsschlusskompetenz eines Völkerrechtssubjekts) dazu geführt, dass eine gewisse Entität nicht als internationale Organisation im referendumsrechtlichen Sinne galt. So haben die Bundesbehörden beispielsweise Vertragsorgane konsequent (bis auf einen Querschläger<sup>58</sup>) nicht als internationale Organisationen im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV gewertet, weil ihnen Rechtspersönlichkeit fehle.

## II. Der referendumsrechtliche Begriff des «Beitritts» zu einer internationalen Organisation

Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV verlangt weiter, dass der in Frage stehende völkerrechtliche Vertrag den *Beitritt* zu einer internationalen Organisation vorsieht. Dieser Begriff impliziert, dass die Schweiz durch Ratifikation des entsprechenden Völkerrechtsvertrags Mitglied der Organisation wird. *Prima vista* nicht abgedeckt sind somit mindestens zwei Situationen: wenn der Kompetenzbestand einer internationalen Organisation, welcher der Schweiz bereits angehört, geändert wird; und wenn die Schweiz die Zuständigkeiten einer internationalen Organisation anerkennt, ohne dieser aber als Mitglied beizutreten.

### 1. Änderungen im Kompetenzbestand einer internationalen Organisation

Die erste, nicht vom Wortlaut abgedeckte Situation ist jene, in der die Schweiz bereits Mitglied einer internationalen Organisation ist und deren Zuständigkeiten später erweitert bzw. geschmälert<sup>59</sup> werden. Dies geschieht in der Regel mittels Revision des Gründungsstatuts. Bereits vor Einführung des IO-Referendums stellte sich die Frage, ob eine «modification d'ordre institutionnel dans une organisation internationale», die durch eine Änderung ihres Gründungsvertrags erwirkt wird, durch das Parlament genehmigt werden muss oder ob die ursprüngliche Zustimmung der Bundesversammlung zum Gründungsvertrag vielmehr auch spätere Änderungen desselben mit abdeckt. Die Bundesbehörden kamen zum Schluss, dass Änderungen institutioneller Natur «ayant pour effet de transformer les caractéristiques mêmes de l'organisation» dem Parlament zu unterbreiten sind.<sup>60</sup>

58 BBl 1988 II 1 (Botschaft Änderung Ramsar-Übereinkommen), 8.

59 So nehmen die verschiedenen Satellitenorganisationen seit Auslagerung ihrer Haupttätigkeit an juristische Personen innerstaatlichen Privatrechts bloss noch Aufsichtsfunktionen wahr; dazu MAURY MECHANICK, The Role and Function of Residual International Intergovernmental Satellite Organisations Following Privatisation, in: Patricia McCormick/Maury Mechanick (Hrsg.), The Transformation of Intergovernmental Satellite Organisations, Leiden 2013, S. 181.

60 VPB 32.2, S. 6–7.

Später stellte sich die gleiche Frage im Kontext des Referendums. Da der Wortlaut der Bestimmung einzig den Beitritt an sich erfasst, kreierten die Bundesbehörden die Figur des «materiellen Neubeitritts», um gewisse Vertragsänderungen institutioneller Natur der direkt-demokratischen Kontrolle zuzuführen. Ein solcher liegt vor, wenn die Änderung der ursprünglichen Ziele, Aktivitäten oder Strukturen der internationalen Organisation von erheblicher Tragweite ist. Die institutionellen Umgestaltungen werden somit auf ihre Gewichtigkeit hin überprüft; sind sie von erheblicher Tragweite,<sup>61</sup> einschneidend<sup>62</sup> bzw. von grundlegender Bedeutung,<sup>63</sup> werden sie dem IO-Referendum unterstellt. Es findet somit ein materielles Kriterium Anwendung. Dies kontrastiert mit dem rein formalen Kriterium, das anlässlich des ursprünglichen Beitritts zum Tragen kommt und gemäss welchem schlicht *alle* Beitritte zu internationalen Organisationen – und seien sie noch so marginal bzw. mit sehr wenigen Kompetenzen dotiert – dem Referendum zu unterstellen sind.<sup>64</sup> Die Bundesbehörden rekurrieren somit auf zwei verschiedene Kriterien bzw. Wertungen in der Anwendung der gleichen Bestimmung, womit wir ein *référéndum à deux vitesses* haben.

Die Bundesbehörden wenden das Kriterium des materiellen Neubeitritts auf Vertragsänderungen institutioneller Natur jedoch nicht konsequent an. Vielmehr rekurrierten sie bei gewissen Vertragsänderungen, welche in die Ziele, Aktivitäten oder Strukturen einer internationalen Organisation eingriffen, auf das Kriterium des Beitritts (statt des materiellen Neubeitritts) – und verneinten das Vorliegen eines Beitritts aufgrund der bereits bestehenden Mitgliedschaft der Schweiz in der fraglichen Organisation. So orientierte sich der Bundesrat beispielsweise bei der Revision des Europäischen Patentübereinkommens, die teils institutioneller Natur war, am Wortlaut des IO-Referendums und argumentierte, dass die Schweiz in der Organisation bereits Mitglied sei und somit kein Beitritt vorliege<sup>65</sup> – statt zu prüfen, ob die Vertragsänderungen die Voraussetzungen des materiellen Beitritts erfüllen (was bejaht werden kann).<sup>66</sup>

Umgekehrt wird die Figur des materiellen Neubeitritts (und so das striktere materielle Kriterium) auf Situationen angewandt, die eigentlich als Beitritt zu werten wären (und somit am einfacher zu erfüllenden formellen Kriterium zu messen wäre). Verschiedene Völkerrechtsverträge, welche mitunter zur Errichtung einer internationalen Organisation führen, sind befristet und werden nach einer gewissen Dauer neu ausgehandelt. Durch diese Folgeverträge wird die entsprechende Organisation entweder neu begründet oder weitergeführt. In beiden Fällen erfolgt die Zuständigkeitsanerkennung (Beitrittsakt) aber erst durch

61 BBl 1999 II 2418, 2430 (Botschaft EUROCONTROL Protokoll).

62 BBl 1988 II 1 (Botschaft Änderung Ramsar-Übereinkommen), 8.

63 BBl 1997 I 1 (Botschaft nBV), 366.

64 Siehe unten C.I.

65 BBl 2005 3773 (Botschaft Europäisches Patentsystem), 3806.

66 A.a.O., 3807.

die Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrags – wir bewegen uns somit eigentlich innerhalb des Wortlauts des IO-Referendums. In der Praxis wurden diese Situationen aber am Massstab des materiellen Neubeitritts und somit am schwerer erfüllbaren materiellen Kriterium gemessen. So unterstellten die Bundesbehörden weder den Beitritt zur Jute- noch zur Zuckerorganisation dem Referendum, weil Ziele und Aktivitäten der neuen Organisation nicht erheblich von der Vorgängerorganisation abweichen würden.<sup>67</sup>

Insgesamt zeigt sich, dass in der Anwendung von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV zwei unterschiedliche Massstäbe zur Anwendung gelangen: ist beim ursprünglichen Beitritt auch ein noch so marginaler Kompetenztransfer dem Referendum zu unterstellen (formales Kriterium), fallen nachträgliche Änderungen im Kompetenzbestand einer internationalen Organisation nur dann unter die Referendums Klausel, wenn sie von erheblicher Tragweite sind (materielles Kriterium). Wobei das letztere Kriterium, wie wir noch sehen werden,<sup>68</sup> besser mit der Verwesentlichung der Volksrechte in Einklang zu bringen ist als ersteres.

## 2. *Zuständigkeitsübertragungen an internationale Organisation ohne Beitritt*

Ebenfalls nicht vom Wortlaut von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV erfasst ist jene Situation, in der die Schweiz die Zuständigkeiten einer internationalen Organisation anerkennt *ohne* ihr formal beizutreten. Das Beispiel der Forschungsinfrastruktur ITER illustriert dies. Dieser internationalen Organisation können nur Euratom und aussereuropäische Staaten beitreten; während sich europäische Staaten einzig über ihre Mitgliedschaft im Europäischen Gemeinsamen Unternehmen *Fusion for Energy* an ITER beteiligen können. Die Schweiz ist somit *Fusion for Energy* beigetreten, um sich dadurch an der internationalen Organisation ITER zu beteiligen.<sup>69</sup>

Aus der fraglichen Botschaft geht nicht hervor, ob eine Zuständigkeitsübertragung an eine internationale Organisation ohne formalen Beitritt zu derselben vom IO-Referendum erfasst wird. Denn der Bundesrat prüfte zuerst, ob der Beitritt zu *Fusion for Energy* den Beitritt zu einer internationalen Organisation darstelle. Nachdem er dies (fälschlicherweise)<sup>70</sup> bejahte, unterblieb die Prü-

67 BBl 1990 I 301, Beilage 20 (Botschaft Jute-Organisation 1989), 581; und BBl 1993 II 365 (Botschaft Zuckerabkommen 1992), 403 (es sei nur das neue Zucker-Abkommen aber nicht der Beitritt der Schweiz zur Zucker-Organisation zu genehmigen); es stimmt zwar, dass die 1968 gegründete Zuckerorganisation weitergeführt wurde; die Anerkennung deren Zuständigkeit durch die Schweiz erfolgte aber erst durch die Ratifikation des neuen Abkommens. Es wurde nicht sauber zwischen Errichtungsakt der IO (Abkommen 1968) und Beitrittsakt der Schweiz (Abkommen 1992) unterschieden; siehe dazu B.III.2.

68 Siehe unten C.

69 BBl 2008 3521 (Botschaft ITER), 3526; 3530–3531; im Detail siehe Text zu Fn. 87.

70 BBl 2008 3521 (Botschaft ITER), 3533; die Qualifikation ist zweifelhaft: auch hier kann – ähnlich wie beim ERIC – von einem Organisationsstatut des europäischen öffentlichen Rechts aus-

fung, ob auch der Quasi-Beitritt zu ITER als «Beitritt» zu einer internationalen Organisation gewertet werden kann.

### III. Der referendumsrechtliche Begriff der «völkerrechtlichen Verträge», welche den Beitritt vorsehen

Der Beitritt zu einer internationalen Organisation hat schliesslich mittels völkerrechtlichen Vertrags zu erfolgen. Das Tatbestandselement «völkerrechtlicher Vertrag» teilt sich das IO-Referendum mit den anderen in Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV vorgesehenen Referenden; während dieses *chapeau*-Element für alle Referenden gilt, variiert der Inhalt des Vertrags indessen je nach Referendum.<sup>71</sup> Im Falle des IO-Referendums muss er, wie erwähnt, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen.

Ein Blick in die Rechtspraxis zu diesem Tatbestandselement zeigt zweierlei. Zum einen haben Bundesbehörden im Kontext von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV verschiedene Rechtsakte als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag gewertet, womit sie diese in den Anwendungsbereich des Referendums im Aussenbereich bringen konnten. Zum anderen unterscheiden die Bundesbehörden nicht immer klar zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag, mittels dessen der Beitritt zu einer internationalen Organisation erfolgt (Beitrittsakt) und dem völkerrechtlichen Vertrag, durch welchen die fragliche internationale Organisation errichtet wurde (Errichtungsakt).

#### 1. *Beitritte, die nicht gestützt auf völkerrechtlichen Vertrag erfolgen*

Die herrschende Lehre und die Bundesbehörden verstehen den Begriff des «völkerrechtlichen Vertrags» in Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV als einen Verweis auf das völkerrechtliche Konzept.<sup>72</sup> Es handelt sich demnach um eine Übereinkunft zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten, welche dem Völkerrecht untersteht.<sup>73</sup>

Nicht immer erfolgt jedoch der Beitritt zu einer internationalen Organisation mittels Ratifikation ihres Gründungsstatuts, d.h. eines völkerrechtlichen Vertrags. Gerade in jüngerer Zeit wird dieses «klassische», dem IO-Referendum

---

gegangen werden: so JÜRGEN GRUNWALD, § 16 Europäische Atomgemeinschaft, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Baden-Baden 2014, S. 872–873, Rz. 67–69.

71 Siehe Ziffern 1 bis 3 von Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV.

72 Explizit: JACQUELINE MOERI, Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, Diss. St. Gallen, 1990, S. 38; implizit, indem zwecks Begriffsbestimmung auf die völkerrechtliche Definition des Völkerrechtsvertrags verwiesen wird: z.B. THOMAS SÄGESSER, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007, S. 122–123, Rz. 4; und VPB 70.69, A; für einen autonomen Begriff plädierend: HANGARTNER/KLEY (Fn. 15), S. 438–439, Rz. 1068.

73 Statt vieler: ANNE PETERS, *Völkerrecht*, Zürich 2016, S. 101, Rz. 1.



zugrundliegende Szenario des Öfteren verlassen. So erfolgte der Beitritt der Schweiz zum besagten ESS-ERIC nicht mittels völkerrechtlichen Vertrags, sondern durch eine einseitige Erklärung der Schweiz zuhanden der Europäischen Kommission. Der Bundesrat hat diesen selbständigen, d.h. nicht mit einem Völkerrechtsvertrag in Verbindung stehenden einseitigen Rechtsakt als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag gewertet und dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet; welches ihn seinerseits dem IO-Referendum unterstellte.<sup>74</sup> Weiter taxierten die Bundesbehörden auch unselbständige, vertragsbezogene einseitige Rechtsakte als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag; beispielsweise die Anerkennung der Zuständigkeit des Internationalen Seegerichtshofs, welche mittels einseitiger, in Art. 287 Seerechtsübereinkommen vorgesehener Erklärung der Schweiz erfolgte.<sup>75</sup> Weiter haben die Bundesbehörden die innerstaatlichen Regeln zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge verschiedentlich auch auf hybride und privatrechtliche Verträge sinngemäss angewandt. Dies war u.a. der Fall beim bereits erwähnten Beitritt der Schweiz zur XFEL GmbH.<sup>76</sup>

Auch wenn der Kompetenzbestand einer internationalen Organisation mittels Revision des Gründungsvertrags geändert wird (materieller Neubei-tritt), erfolgt dies regelmässig nicht im klassischen Vertragsänderungsverfahren. Vielmehr ermächtigen verschiedene Gründungsverträge Vertragsorgane mit der Änderung desselben durch einseitigen Beschluss, der u.U. für einen Staat auch ohne dessen Zustimmung bindend wird. Trotz dieses gewichtigen Unterschieds zum völkerrechtlichen Vertrag, der dem Konsensprinzip gehorcht, haben die Bundesbehörden wiederholt Beschlüsse dem völkerrechtlichen Vertrag für Zwecke des Referendums gleichgestellt.<sup>77</sup> So hat die Bundesversammlung die per Resolution des Rates der Internationalen Migrationsorganisation beschlossene Satzungsänderung, durch die er *nota bene* seine eigenen Kompetenzen erweitert hat und die für einen Staat unter Umständen auch ohne dessen Zustimmung verbindlich wird, dem Referendum unterstellt.<sup>78</sup>

Durch diese Analogiebildung konnten die Bundesbehörden zwar auch Beitritte zu internationalen Organisationen bzw. Änderungen in deren Kompetenz-

74 BBl 2014 6795 (Botschaft ESS-ERIC), 6816; Bundesbeschluss über die Genehmigung der Beteiligung der Schweiz an der internationalen Forschungsinfrastruktur «Europäische Spallationsquelle», BBl 2015 2783.

75 Art. 2 Bundesbeschluss über die Genehmigung des Seerechtsübereinkommens sowie des Übereinkommens zur Durchführung des Teiles XI des Seerechtsübereinkommens, AS 2009 3207.

76 Siehe B.I.1; BBl 2010 3031 (Botschaft XFEL), 3041; siehe auch BAKOM, Verordnung über die Internet-Domains, Erläuterungsbericht, 13. Februar 2014, S. 4, betreffend Verträge zwischen der Schweiz und der nach ausländischem Privatrecht verfassten *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*.

77 Im Detail: ANNA PETRIG, Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, SZIER 2015/4, S. 507–537, S. 527–528.

78 Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderung der Satzung der Internationalen Organisation für Migrationen, AS 2014 737.

bestand dem IO-Referendum unterstellen, die durch einen anderen Rechtsakt als den völkerrechtlichen Vertrag erfolgten. Problematisch ist indessen, dass diese Analogiebildung oft nicht offengelegt wird (die Bundesbehörden wenden Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV teils mit einer gewissen Selbstverständlichkeit auf andere Rechtsakte als den völkerrechtlichen Vertrag an) und meist nicht oder nicht tragfähig begründet wird. Es ist somit schwer zu erkennen, welches die Voraussetzungen und Grenzen der Analogiebildung sind. Dies wiederum ist der rechtssicheren und rechtsgleichen Anwendung der IO-Referendumsbestimmung abträglich.<sup>79</sup>

## 2. *Keine saubere Trennung zwischen Errichtungs- und Beitrittsakt*

Wie bereits angedeutet, müssen im Kontext des IO-Referendums zwei Rechtsakte unterschieden werden. Zum einen jener Rechtsakt, der zur Errichtung der internationalen Organisation führt und Teil des Tatbestandsmerkmals «internationale Organisation» von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV ist (Errichtungsakt). Zum anderen jener Rechtsakt, mittels dessen die Schweiz der internationalen Organisation beitrifft; also jener Vorgang, der in der Referendumsbestimmung mit der Wendung «völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt ... vorsehen» umschrieben wird (Beitrittsakt).

In Praxis und Lehre wird kaum zwischen Errichtungs- und Beitrittsakt unterschieden.<sup>80</sup> Dies rührt daher, dass im klassischen, sich im IO-Referendum widerspiegelnden Szenario, ein und derselbe völkerrechtliche Vertrag die beiden Akte auf sich vereint. So wurde beispielsweise der Internationale Strafgerichtshof mittels völkerrechtlichen Vertrags, dem Römer Statut, errichtet (Errichtungsakt). Und die Schweiz ist dem Gerichtshof als Mitglied beigetreten, indem sie das Römer Statut ratifiziert hat (Beitrittsakt).<sup>81</sup> Es häufen sich jedoch die Situationen, in denen die Errichtung des Akteurs und die Anerkennung dessen Zuständigkeit durch die Schweiz durch je separate Akte erfolgt, die ausserdem nicht notwendigerweise völkerrechtliche Verträge bzw. Akte sind.

Beim bereits erwähnten Beispiel des ESS-ERIC gründet die Errichtung des Akteurs auf einem durch das EU-Recht bestimmten Rechtsakt der Europäischen Kommission (Errichtungsakt);<sup>82</sup> während die Teilnahme der Schweiz an dieser Forschungsinfrastruktur durch Abgabe einer einseitigen Erklärung (Beitrittsakt) erfolgte.<sup>83</sup> Teils sind die institutionellen Gebilde noch komplexer konstruiert. Das trifft auf die Forschungsinfrastruktur ITER zu, welche durch das ITER-Übereinkommen, einem völkerrechtlichen Vertrag, errichtet wurde (Errichtungsakt 1). Parteien dieses völkerrechtlichen Vertrags und somit Mitglie-

79 PETRIG (Fn. 77), S. 527–528.

80 Für ein Beispiel, siehe Fn. 67.

81 BBl 2001 391 (Botschaft Römer Statut).

82 Siehe oben, Text zu Fn. 35.

83 Siehe oben, Text zu Fn. 74.

der der ITER können aber einzig Euratom und verschiedene aussereuropäische Staaten, nicht aber europäische Staaten (wie die Schweiz) sein. Letztere können sich an ITER einzig über ihre Mitgliedschaft im Gemeinsamen Unternehmen *Fusion for Energy* beteiligen, welches durch Beschluss eines EU-Organs errichtet wurde (Errichtungsakt 2). Der Beitritt der Schweiz zu *Fusion for Energy* bedingte den Abschluss zweier völkerrechtlicher Verträge (Beitrittsakt 1 und 2): im ersten erklärte sich die Schweiz bereit, das ITER-Übereinkommen auf die Schweiz anzuwenden (ohne aber Mitglied von ITER zu werden), was Voraussetzung für ihre Mitgliedschaft bei *Fusion for Energy* war; durch den zweiten völkerrechtlichen Vertrag erwarb die Schweiz die Vollmitgliedschaft bei *Fusion for Energy*, was schliesslich ihre Beteiligung an ITER ermöglichte.<sup>84</sup>

Das Auseinanderhalten von Errichtungs- und Gründungsakt ist zum einen notwendig, um trotz zunehmender institutioneller Verflechtung und auch bei ungewöhnlichen Konstrukten die einzelnen referendumspflichtigen Akte zu identifizieren.<sup>85</sup> Zum anderen ist sie wichtig, da der Beitrittsakt das allen Referenden im Aussenbereich gemeinsame *chapeau*-Element «völkerrechtlicher Vertrag» betrifft. Die Auslegung dieses Elements und allfällige Analogieschlüsse im Kontext des IO-Referendums, sind auch für alle anderen Referenden im Aussenbereich massgebend; und *vice versa*. Die Frage, welche Rechtsakte als Errichtungsakte einer internationalen Organisation qualifizieren, betrifft hingegen einzig die referendumsrechtliche Definition der internationalen Organisation und so einzig das IO-Referendum. Die saubere Trennung zwischen Errichtungs- und Beitrittsakt erlaubt somit eine bessere Erfassung der Anwendungsbereiche der verschiedenen Referenden im Aussenbereich im Kontext eines gewandelten Völkerrechts, in welchem sowohl Akteure als auch Steuerungsinstrumente immer diverser werden.

#### IV. Fazit zum Tatbestand des IO-Referendums

Die Analyse hat gezeigt, dass alle drei *prima vista* über sehr klare Konturen verfügenden Tatbestandselemente von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV – der Begriff der «internationalen Organisation», der «Beitritt» und der «völkerrechtliche Vertrag» mittels dessen der Beitritt erfolgt – im Lichte der Behördenpraxis an Eindeutigkeit verlieren.

Zunächst umschreiben die Bundesbehörden die internationale Organisation – das erste Tatbestandselement – im Kontext von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV nicht einheitlich. Vielmehr rekurren sie auf verschiedene Definitionen, die mehr oder weniger grosse Abweichungen zur üblichen völkerrechtlichen Umschreibung aufweisen. Diese Abweichungen zwischen der referendumsrechtli-

<sup>84</sup> BBl 2008 3521 (Botschaft ITER), 3527–3528 und 3530–3531.

<sup>85</sup> Siehe Fn. 67 für eine Falschqualifikation aufgrund der Vermischung von Errichtungs- und Beitrittsakt.

chen und völkerrechtlichen Definition scheinen aber nie dazu geführt zu haben, dass die Bundesbehörden eine Entität, die im Völkerrecht als internationale Organisation gilt, nicht dem IO-Referendum unterstellt hätten. Klabbers mag somit Recht haben, wenn er schreibt: «We may, in most cases, be able to recognize an international organization when we see one, but it has so far appeared impossible to actually define such organizations in a comprehensive way.»<sup>86</sup>

Umgekehrt aber haben die Bundesbehörden verschiedene Akteure als internationale Organisation im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV qualifiziert, die im Völkerrecht *nicht* als solche gelten – Vertragsorgane, juristische Personen des innerstaatlichen Privatrechts oder nach spezifisch europarechtlichen Organisationsstatuten verfasste Akteure. Es scheint jedoch, dass die Bundesbehörden in keinem dieser Fälle die Begrifflichkeit der internationalen Organisation bewusst ausweiteten bzw. eine Analogie bildeten, um den im Völkerrecht zu beobachtenden Entwicklungstendenzen der Deformalisierung, Europäisierung oder Privatisierung im Kontext des IO-Referendums Rechnung zu tragen. Dies lässt sich namentlich daraus schliessen, dass in keiner der Begründungen der Referendumpflicht ein in diese Richtung gehende Diskussion oder Hinweis enthalten ist. Vielmehr scheint es, dass die wahre Rechtsnatur dieser Akteure schlicht verkannt wurde. Ein Grund dafür dürfte sein, dass es sich regelmässig um Völkerrechtsakteure handelte, welche für die Schweiz neuartig waren: so war das Ramsar-Übereinkommen eines der ersten umweltrechtlichen Völkerrechtsverträge, welche eine Vertragsorganstruktur errichtete;<sup>87</sup> die Europäische Spallationsquelle stellte das erste ERIC dar, welchem die Schweiz beitrug und das Gemeinsame Unternehmen *Fusion for Energy* gehört zur diffusen und im Europarecht noch nicht vollständig erforschten Kategorie der Agenturen. Bei der XFEL GmbH schliesslich mag der Umstand, dass neben dem Gesellschaftsvertrag auch noch ein völkerrechtliches Übereinkommen zu genehmigen war, über die privatrechtliche bzw. hybride Natur des Akteurs hinweggetäuscht haben. Bei den genannten Beispielen handelt es sich somit wohl um Querschläger. Der Begriff der «internationalen Organisation» in Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV umfasst somit heute immer noch das gleiche wie anlässlich der Einführung des IO-Referendums, nämlich «klassische» internationale Organisationen.

Eine gewisse Ausweitung des Anwendungsbereichs des IO-Referendums ist aber dennoch auszumachen. Die Analyse des zweiten Tatbestandselements («Beitritt») hat ergeben, dass auch Änderungen im Kompetenzbestand einer internationalen Organisation, der die Schweiz bereits angehört, dem Referen-

86 JAN KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge 2009, S. 6.

87 ROBIN CHURCHILL/GEIR ULFSTEIN, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law*, AJIL 2000/94, S. 623–659, S. 623; der Titel der Publikation ist selbststehend.

dum unterstellt werden können. Die dazu geschaffene Figur des materiellen Neubeitritts wird allerdings uneinheitlich gehandhabt. Die nähere Betrachtung des dritten Tatbestandselements («völkerrechtliche Vertrag» mittels dessen der Beitritt erfolgt) hat ausserdem gezeigt, dass der Beitritt zur internationalen Organisation nicht zwingend durch völkerrechtlichen Vertrag, sondern auch durch anderweitigen Rechtsakt erfolgen kann; namentlich durch Beschluss eines internationalen Organs oder mittels selbständiger oder unselbständiger einseitiger Erklärung der Schweiz.

Die eingangs gestellte erste Frage, ob Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV in seiner Anwendung auch neue Formen und Foren der internationalen Kooperation einfängt, ist somit negativ zu beantworten. Die Bestimmung erfasst einzig den Beitritt zu und Änderungen im Kompetenzbestand «klassischer» internationaler Organisationen.

### **C. Widerspricht das IO-Referendum der Idee der Verwesentlichung der Volksrechte?**

Es war nie die Idee, *alle* völkerrechtlichen Verträge dem Referendum im Aussenbereich zu unterstellen. Vielmehr sollten «nur die politisch wesentlichen Verträge» dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden.<sup>88</sup> Leitmotiv bei der Auswahl der referendumspflichtigen Verträge war bereits anlässlich der Neuordnung des Staatsvertragsreferendums in den 1970er Jahren «die Konzentration der Mitsprache des Volkes auf das Grundsätzliche unter Ausklammerung alles Unwesentlichen».<sup>89</sup> Die Idee der Verwesentlichung hat auch spätere Reformvorhaben im Bereich der Volksrechte im Aussenbereich angeleitet.<sup>90</sup>

Da – wie gleich aufgezeigt wird (Teil C.I.) – *jeder* Gründungsvertrag einer internationalen Organisation dem Referendum zu unterstellen ist, stellt sich die Frage, ob das IO-Referendum nicht mit der beschriebenen Idee der Verwesentlichung der Volksrechte im Widerspruch steht. Das IO-Referendum scheint nur dann mit der Verwesentlichungsidee vereinbar, wenn Gründungsverträge als *per se* wesentliche Vertragskategorie taxiert würden; was vorliegend allerdings verneint wird (Teil C.II.).

88 BBl 1974 II 1133 (Botschaft Neuordnung Staatsvertragsreferendum), 1160.

89 A.a.O., 1153–1154.

90 BBl 1997 I 1 (Botschaft nBV), 441–442; BBl 2010 6963 (Botschaft Initiative «Staatsverträge vors Volk!»), 6982.

## I. Formales Kriterium: Bedeutung der internationalen Organisation irrelevant

Aus den verschiedenen Materialien – sei es zur IO-Referendumsbestimmung an sich oder zu den einzelnen Anwendungsfällen – geht hervor, dass Gründungsverträge internationaler Organisationen immer dem IO-Referendum zu unterstellen sind. Also ungeachtet dessen, ob deren Ratifikation den Beitritt zu einer bedeutenden oder eher unbedeutenden Organisation bewirkt.<sup>91</sup> Oder technischer gesprochen: wie bedeutend die Zuständigkeiten sind, welche der internationalen Organisation *qua* Gründungsvertrag verliehen werden.

Dies geht einerseits aus den *travaux préparatoires* zur Einführung des IO-Referendums in den späten 1970er Jahren hervor. Anlässlich der Debatte um das fakultative Referendum im Aussenbereich stellte eine Kommissionsminderheit den Antrag, dass einzig unbefristete und unkündbare völkerrechtliche Verträge sowie solche «von grosser Tragweite» dem Volk zur Genehmigung unterbreitet werden. Zwecks Konkretisierung des Begriffs der grossen Tragweite verwies die vorgeschlagene Bestimmung exemplarisch auf drei Kategorien von Verträgen; nämlich solche, die wichtige Bestimmungen von Bundesrecht ändern, die eine wesentliche internationale Rechtsvereinheitlichung oder den Beitritt zu einer *bedeutenden* internationalen Organisation zum Gegenstand haben.<sup>92</sup> Diesem Antrag wurde nicht stattgegeben. Vielmehr fand der Antrag, der dem heute geltenden Wortlaut entspricht, eine Mehrheit; dieser wurde u.a. damit begründet, dass er die Gewährung des Referendums «nach konkreten objektiven Kriterien» erlaube und weniger einengend und restriktiv sei als der Antrag, der nur den Beitritt zu *bedeutenden* internationalen Organisationen dem fakultativen Referendum unterstellen wolle.<sup>93</sup> Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass der historische Gesetzgeber *jeden* Beitritt zu einer internationalen Organisation als referendumswürdig erachtete. Dass das IO-Referendum ohne einschränkendes Moment verankert werden sollte, stiess bei gewissen Parlamentariern auf Kritik.<sup>94</sup>

Die jüngere Referendumspraxis ist Evidenz dafür, dass auch heute noch ein rein formales Kriterium zur Anwendung gelangt. So wurde namentlich der Beitritt der Schweiz zur internationalen Studiengruppe für Jute,<sup>95</sup> zum Beratungszentrum für WTO-Recht,<sup>96</sup> oder zum Europäischen Forstinstitut<sup>97</sup> dem fakultativen Referendum unterstellt. Ohne diesen Organisationen ihre Bedeutung in ihrem jeweiligen Sachgebiet absprechen zu wollen, sind die Beitritte der

91 Der Beitritt zu gewissen sehr bedeutenden Organisationen untersteht allerdings dem obligatorischen Referendum: Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV.

92 AB 1976 N 596–597 (Minderheit II).

93 AB 1976 N 589–599.

94 Siehe z.B. AB 1976 N 1522 (Votum Hofer).

95 BBl 2002 1595.

96 BBl 2003 1074.

97 BBl 2010 333.

Schweiz aus der Sicht der Kompetenzübertragung, namentlich des Kontrollverlust des Staates und des Durchgriffs auf den Einzelnen, nicht als wichtig bzw. wesentlich zu werten.

Die Referendumspflicht wird also bereits dadurch ausgelöst, dass ein Gründungsvertrag einer internationalen Organisation vorliegt (formales Kriterium). Anders als beim materiellen Neubeitritt, also der Änderung des Kompetenzbestands einer internationalen Organisation, wird dem Inhalt des Vertrags keine Beachtung geschenkt. Dies ist nur dann mit der Idee der Verwesentlichung in Einklang zu bringen, wenn Gründungsverträge – zum Beispiel aufgrund ihres verfassungsmässigen Charakters – als *per se* wichtige Verträge verstanden würden.<sup>98</sup>

## II. Gründungsverträge sind nicht *per se* wesentlich

In der Tat unterscheiden sich Gründungsverträge in verschiedener Hinsicht von anderen völkerrechtlichen Verträgen; in den Worten des Internationalen Gerichtshofs ist der Gründungsvertrag zwar «a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics».<sup>99</sup> Diese Besonderheiten ergeben sich daraus, dass ein Gründungsvertrag nicht nur vertragliche sondern auch verfassungsähnliche Züge aufweist, da er eine von den Staaten verschiedene, sich zu einem gewissem Grad autonom weiterentwickelnde Entität verfasst und regelt.<sup>100</sup> Aus diesem Grund gehen die Bestimmungen der Gründungsverträge im Konfliktfall den «gewöhnlichen» Regeln des Rechts der Verträge vor.<sup>101</sup> Abweichende Bestimmungen existieren v.a. im Bereich der Auslegung und der Änderung des Gründungsvertrags, der Vorbehalte und der Vorrangfrage.<sup>102</sup>

Für die Auslegung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Gründungsverträge sind grundsätzlich die in Art. 31 bis 33 WVRK verankerten, Gewohnheitsrecht widerspiegelnden Auslegungsprinzipien, anwendbar. Eine Besonderheit besteht jedoch hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Methoden. So genießt die teleologische, effektivitätssichernde und dynamische Auslegung bei verschiedenen internationalen Gerichten eine gewisse Vorrangstellung wenn es um die Auslegung von Gründungsdokumenten geht, während

98 Dahingehend: AB 1976 S 501 (Votum Dobler) und AB 1976 N 600 (Votum Barchi).

99 ICJ, Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, 20 July 1962, ICJ Reports 1962, 151 (157).

100 PETERS (Fn. 50), S. 10–11, verwendet den Begriff «Vertrag» als Chiffre für ein «horizontales» Rechtsinstrument mit strikter Wirkung *inter partes*, das vom Willen der Parteien abhängt und ein Instrument der Selbstbindung darstellt; der Begriff «Verfassung» braucht sie für einen «vertikalen» Rechtsakt mit Wirkung *erga omnes*, der sich zu einem gewissen Grad autonom, d.h. unabhängig vom Willen der einzelnen Vertragsparteien entwickeln kann.

101 Art. 5 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111 (folgend: WVRK).

102 KIRSTEN SCHMALENBACH, Article 5, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, Berlin 2012, S. 96, Rz. 16.

auf die *travaux préparatoires* nicht oder nur sparsam zurückgegriffen wird. Ausserdem findet neben der Praxis der Mitgliedstaaten auch jene der Organe der Organisation Berücksichtigung.<sup>103</sup> Erklären lässt sich die Akzentuierung der genannten Methoden dadurch, dass ihnen eine gewisse Zukunftsgerichtetheit innewohnt. Sie tragen so dem Umstand Rechnung, dass eine internationale Organisation eine von den Staaten unterschiedliche Entität ist, die sich (jedenfalls zu einem bestimmten Grad) autonom weiterentwickelt und eine gewisse Eigenständigkeit aufweist. Eine rückwärtsgewandte, historische Auslegung würde ausserdem einzig die Perspektive der (oft wenigen) Gründungsmitglieder und nicht jene der Neumitglieder einbeziehen, was sich am Grundsatz der Staatengleichheit stösst.<sup>104</sup>

Auch hinsichtlich der Vorbehalte bestehen Besonderheiten. Viele Gründungsverträge verbieten solche ausdrücklich, da das Interesse an der Integrität des Vertrages besonders gross ist, da er eine Institution errichtet und deren Funktions- und Arbeitsweise festlegt – also Materien zum Gegenstand hat, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.<sup>105</sup> Entsprechend stipuliert Art. 20 Abs. 3 WVRK, dass Vorbehalte (soweit es das Gründungsinstrument nicht anders bestimmt) der Annahme durch das zuständige Organ der Organisation und so einer kollektiven Entscheidung bedürfen. Diese Abkehr vom individualisierten Entscheid durch den einzelnen Mitgliedstaat (also dem ansonsten geltenden, in Art. 20 Abs. 4 WVRK geregelten Modus) verhindert die Zersplitterung des Vertragsregimes.<sup>106</sup>

Eine weitere Besonderheit besteht hinsichtlich der Änderung des Gründungsvertrags. Hierzu sehen diese regelmässig ein Verfahren vor, das von zwei Prinzipien des Verfahrens nach dem Recht der Verträge abweicht: nämlich, dass ein Staat nur dann an eine Änderung gebunden wird, wenn er ihr zustimmt (Konsensprinzip); und dass eine Änderung auch nur unter gewissen Vertragsparteien zur Anwendung kommen kann (Fragmentierung der Vertragsbeziehungen).<sup>107</sup> Die Abweichung von diesen zwei Schlüsselprinzipien des Vertragsrechts ermöglicht die Fortentwicklung des Organisationsstatuts unter gleichzeitiger Wahrung der Integrität und einheitlichen Anwendung desselben.<sup>108</sup>

103 RUFFERT/WALTER (Fn. 53), S. 52, Rz. 136; CATHERINE BRÖLMANN, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations*, in: Hollis (Hrsg.) (Fn. 7), S. 511–512, 523.

104 PETERS (Fn. 50), S. 21.

105 GIORGIO MALINVERNI, *Democracy and Foreign Policy: The Referendum on Treaties in Switzerland*, BYIL 1978/1, S. 207–219, S. 218.

106 PETERS (Fn. 50), S. 14; CHRISTIAN WALTER, *Article 20*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.) (Fn. 102), S. 299–300, Rz. 36.

107 Zur Abweichung von Art. 40 Abs. 4 und Art. 30 Abs. 4 Bst. b WVRK: SCHMALENBACH (Fn. 102), S. 96, Rz. 16; und KERSTIN ODENDAHL, *Article 40*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.) (Fn. 102), S. 715, Rz. 18 und S. 716, Rz. 20.

108 PETERS (Fn. 50), S. 31–34.



Schliesslich stipulieren verschiedene Gründungsverträge, dass ihre Bestimmungen im Falle eines Konflikts mit Verpflichtungen aus anderen völkerrechtlichen Verträgen vorgehen. Dies wird als weitere Spezifität dieser Kategorie von Verträgen gewertet.<sup>109</sup> Paradigmatisch in diesem Zusammenhang ist Art. 103 Charta der Vereinten Nationen.<sup>110</sup>

Die genannten Spezifika der Gründungsverträge weisen die Gemeinsamkeit auf, dass sie den Willen des einzelnen Staates und so dessen Kontrollmöglichkeiten gewichtiger einschränken als die üblicherweise auf völkerrechtliche Verträge anwendbaren Bestimmungen: beim Beitritt wird es dem einzelnen Staat regelmässig verwehrt sein, Vorbehalte anzubringen und so ein auf ihn zugeschnittenes Vertragsregime zu erwirken; später kann er die Fortentwicklung der Organisation aufgrund der Besonderheiten bei der Auslegung und der Änderung des Gründungsvertrags nur bedingt beeinflussen; und schliesslich hat der Beitritt wegen allfälliger Vorrangklauseln in Gründungsverträgen auch Auswirkungen auf seine übrigen völkerrechtlichen Verpflichtungen. All diese Gründe könnten dafür sprechen, dass Gründungsverträge *an sich* wesentliche Verträge sind und ihre generelle Unterstellung unter das IO-Referendum nicht im Widerspruch zur Idee der Verwesentlichung der Volksrechte steht.

Eine solche Sichtweise erkennt allerdings, dass sich diese Spezifika nicht aus der Natur der Gründungsverträge *an sich* ergeben, sondern nur dann und in dem Ausmass vorliegen, als dies der Gründungsvertrag vorsieht. Zwischen Gründungsverträgen und anderen Verträgen besteht somit kein kategorialer, sondern ein gradueller Unterschied.<sup>111</sup> Somit kann nur ein Blick in den fraglichen Gründungsvertrag, also eine Prüfung im Einzelfall, ergeben, inwiefern diese Spezifika vorliegen und für sich alleine oder zusammen mit anderen (z.B. materiellen) Bestimmungen den Vertrag als wesentlich erscheinen lassen. Da die Spezifika also nicht immer, sondern nur potentiell vorliegen, können Gründungsverträge somit nicht als *per se* wesentliche Vertragskategorie gelten.<sup>112</sup> Sie generell dem Referendum zu unterstellen, widerspricht somit der Idee der Verwesentlichung der Volksrechte.

#### **D. Erfasst das Referendum zu wichtigen Völkerrechtssätzen den Vorgang nicht besser?**

Als das IO-Referendum Ende der 1970er Jahre eingeführt wurde, war es die paradigmatische Bestimmung, um Zuständigkeitsübertragungen an internationale Akteure direkt-demokratisch zu legitimieren. Seit dem Jahre 2003 hat es aber

---

109 MALINVERNI (Fn. 105), S. 218.

110 SR 0.120.

111 PETERS (Fn. 50), 12, m.w.H.

112 Gemäss MALINVERNI (Fn. 105), S. 218, vermögen die Spezifika von Gründungsverträgen die Referendumpflicht nicht rechtfertigen; das Referendum solle nur für den Beitritt zu *wichtigen* internationalen Organisationen offenstehen.

starke Konkurrenz erhalten: denn seither erfasst Art. 141 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BV nicht länger nur völkerrechtliche Verträge, welche eine multinationale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen; sondern alle, die «wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten». Dazu gehören gemäss Art. 22 Abs. 4 ParlG, auf den die Bundesbehörden auch im vorliegenden Kontext verweisen,<sup>113</sup> «Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen». Bestimmungen in Gründungsverträgen, welche die fragliche internationale Organisation zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben ermächtigen (Kompetenznormen), fallen somit unter die Rechtssatzdefinition. Dies wirft die Frage nach der Schnittmenge der beiden Referendumsbestimmungen auf bzw. was nur die eine oder andere Bestimmung zu leisten vermag.

Das Referendum über wichtige Völkerrechtssätze knüpft im Gegensatz zum IO-Referendum nicht an das Vorliegen eines bestimmten Organisationstypus (sprich: an die internationale Organisation) an, sondern an den Vorgang der Übertragung einer Zuständigkeit auf überstaatliche Ebene. Sein offensichtlicher Vorteil ist somit, dass es die kaum voraussehbare Weiterentwicklung und Diversifizierung der Akteure auf internationaler Ebene besser (wenn auch nicht komplett) zu absorbieren und integrieren vermag. So wird die Verleihung von Zuständigkeiten an Vertragsorgane<sup>114</sup> aber auch an juristische Personen europäischen Rechts regelmässig gestützt auf Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV dem Referendum unterstellt. Die Schwierigkeit, die internationale Organisation zu definieren und die (teils politisch heikle und fehleranfällige) Qualifikation einer spezifischen Entität entfallen.<sup>115</sup> Die Anknüpfung an die Übertragung internationaler öffentlicher Aufgaben (statt an die Natur des Akteurs, der solche Aufgaben wahrnimmt) birgt weiter den Vorteil in sich, dass die Referendumpflicht nicht vom *institutional set up* eines Völkerrechtsakteurs – und so von einem durch die Schweiz nur sehr begrenzt beeinflussbaren Umstand – abhängt.

Das Referendum zu wichtigen Völkerrechtssätzen ist auch offener bezüglich der Frage, *wie* Zuständigkeiten auf internationale Organisationen übertragen werden. Da es nicht an den Beitritt, sondern an den Kompetenzübergang anknüpft, macht es den Rückgriff auf die (inkonsequent angewandte) Figur des materiellen Neubeitritts obsolet. In der Praxis besteht bereits heute ein Trend dahingehend, Änderungen im Kompetenzbestand einer internationalen Organisation über diese Bestimmung statt über das IO-Referendum abzuwickeln.<sup>116</sup>

113 BUNDESKANZLEI (Fn. 31), S. 51.

114 Z.B. jüngst: BBl 2016 217 (Botschaft UNO-Ausschuss Kinderrechte), 245.

115 Der Bundesrat verzichtete explizit auf eine Qualifikation der EASA und von Frontex und beantragte die Anwendung von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV: BBl 2005 3857 (Botschaft EASA), 3881; BBl 2008 1455 (Botschaft Frontex), 1476.

116 Siehe z.B. BBl 2012 9161 (Botschaft Satzungsänderung IOM), 9170; und Art. 1 Abs. 1 Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderung der Satzung der Internationalen Organisation für Migrationen, AS 2014 737.

Ebenso kann die Anerkennung der Zuständigkeit einer internationalen Organisation ohne Beitritt (die Situation, die sich bei ITER ergab) durch Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV problemlos erfasst werden.

Die Art und Weise, wie Kompetenzen auf einen Völkerrechtsakteur übertragen bzw. wie deren Zuständigkeiten anerkannt werden, ist zwar beim Referendum zu wichtigen Völkerrechtsrechtsätzen weiter als beim IO-Referendum, aber dennoch ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung eine Einschränkung: Dieser verlangt nämlich, dass die entsprechende Kompetenznorm in einem völkerrechtlichen Vertrag enthalten sei. Wie wir gesehen haben, werteten die Bundesbehörden verschiedene Rechtsakte als Analogon zum völkerrechtlichen Vertrag; was das Tatbestandselement «völkerrechtlicher Vertrag» aber gegenwärtig genau umfasst, bedarf der weiteren Klärung. Ebenso haben Lehre und Praxis kaum erörtert, wann eine Kompetenznorm als «wichtig» im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV gilt. Auch wenn Art. 164 Abs. 1 BV zu Rate gezogen wird, fehlt es an griffigen Kriterien, um Zuständigkeitsübertragungen an Völkerrechtsakteure zu bewerten. Trotz dieser zwei offensichtlichen Schwachstellen des Referendums über wichtige Völkerrechtssätze vermag dieses in verschiedener Hinsicht die Übertragung von Zuständigkeiten auf Völkerrechtsakteure besser zu erfassen als das IO-Referendum.

Das einzige, was das IO-Referendum abzudecken vermag, nicht aber das Referendum zu *wichtigen* Völkerrechtsrechtsätzen, ist der Beitritt zu *unbedeutenden* internationalen Organisationen. Aber gerade dieser Teil des IO-Referendums kann im Lichte der Idee der Verwesentlichung als überschüssend bezeichnet werden. Dessen Wegfall wäre nicht etwa ein Verlust, sondern ein Gewinn.

Aus all diesen Gründen kann geschlossen werden, dass das IO-Referendum nach 40 Jahren Bestand nicht mehr als ein (überflüssiges) Relikt im Katalog der Referenden im Aussenbereich darstellt. Das Referendum zu wichtigen Völkerrechtssätzen kann (trotz seiner genannten Defizite) sein Erbe antreten!

### *Zusammenfassung*

Seit das Referendum zum Beitritt zu internationalen Organisationen vor 40 Jahren Eingang in die Verfassung fand, hat sich die institutionelle Realität auf internationaler Ebene stark verändert. Während im Jahre 1977 die internationalen Organisationen neben den Staaten noch zu den Hauptakteuren auf der internationalen Bühne zählten, werden heute Aufgaben im internationalen Gemeinwohl vermehrt von informalen, privaten oder europäischen Akteuren wahrgenommen. Gleichzeitig hat sich das Referendumsrecht weiterentwickelt. Seit dem Jahre 2003 sind alle völkerrechtlichen Verträge, die wichtige Bestimmungen rechtsetzender Natur enthalten dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Vor dem Hintergrund dieser beiden Entwicklungslinien stellen sich drei

Fragen, die der vorliegende Artikel analysiert: Umfasst der Tatbestand von Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV einzig den Beitritt zu «klassischen» internationalen Organisationen oder vermag er auch Zuständigkeitsübertragungen an neuartige Völkerrechtsakteure zu erfassen? Und widerspricht die Bestimmung nicht der Idee der Verwesentlichung der Volksrechte, wenn sie jeden Gründungsvertrag ungeachtet seines Inhalts dem Referendum unterstellt? Und was deckt sie ab, was nicht bereits das Referendum zu wichtigen Völkerrechtssätzen (besser) erfasst? Oder anders gefragt: Stellt das Referendum zum Beitritt zu internationalen Organisationen nach 40 Jahren Bestand ein (überflüssiges) Relikt im Katalog der Referenden im Aussenbereich dar?

### *Résumé*

Depuis que le référendum concernant l'adhésion à des organisations internationales a fait son entrée dans la Constitution fédérale il y a quarante ans, les réalités institutionnelles au niveau international ont subi d'importants changements. Alors qu'en 1977, les organisations internationales comptaient encore parmi les acteurs principaux de la scène internationale à côté des Etats, ce sont aujourd'hui de plus en plus souvent des acteurs informels, privés ou européens qui se chargent de tâches dévolues au bien commun. Simultanément, le droit du référendum a évolué. Depuis 2003, toutes les conventions internationales qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit sont soumises au référendum facultatif. Le présent article analyse trois questions qui se posent dans la prolongation de ces deux lignes évolutives: L'art. 141 al. 1 lit. d ch. 2 Cst. couvre-t-il seulement l'adhésion à des organisations internationales «classiques» ou peut-il également s'appliquer aux délégations de compétence à des acteurs internationaux d'un nouveau genre? Et la disposition n'est-elle pas contraire à l'idée que seulement les traités politiquement importants devront faire l'objet des droits populaires si chaque traité instituant une organisation internationale est soumis au référendum, indépendamment de son contenu? Et que couvre cette disposition qui ne serait pas déjà (et mieux) couverte par le référendum concernant les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit? Autrement dit: le référendum sur l'adhésion à des organisations internationales ne constitue-t-il pas, au terme de 40 ans d'existence, une relique (superflue) dans le contexte des référendums en matière de politique extérieure?